

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NOVO DIREITO CIVIL: BREVES REFLEXÕES

*Wesley de Oliveira Louzada Bernardo**

RESUMO: O presente trabalho se propõe a realizar um breve estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, abordando inicialmente o perfil do princípio, seu conceito, histórico, aspectos e aplicação, enquanto que, na parte final, tentaremos analisar o contexto de aplicação do princípio, sem contudo pretender exaurir o tema.

ABSTRACT: The foregoing paper proposes a brief study on the Human Dignity legal principle, initially focusing on the principle's profile, concept, history, aspects and application, while at the final part concentrating on the analysis of the context of its application, without the intention of exhausting the topic.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1. Breve histórico. 2.2. Conceito. 2.3. Aspectos: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. 2.4. A cláusula geral de tutela da pessoa humana. 2.5. Conveniência da edição de regras para a melhor aplicação prática do princípio: a resistência dos operadores do direito na aplicação direta dos princípios. 3. Questões controvertidas. 3.1. A hipertrofia do uso do princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2. A possibilidade de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana. 3.3. Possível caráter totalitário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Conclusão.

* Doutorando em Direito Civil – UERJ; Mestre em Direito Civil – FDC; Especialista em Responsabilidade Civil Extracontratual – UCLM (Toledo - Espanha); Professor de Graduação e Pós-Graduação. Advogado. Autor da obra “Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor”, Renovar, 2005.

1. Introdução

Toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

(Carmén Lúcia Antunes Rocha)

No momento jurídico atual, muito provavelmente nenhum tema mereça mais atenção, mais citações e mais reverência do que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Livros, artigos, decisões de tribunais invariavelmente trazem referência ao princípio consagrado pela Constituição da República de 1988.

Tal fato se deve, em muito, a um árduo e incansável trabalho, desenvolvido ao longo de quase duas décadas, por notáveis autores brasileiros,¹ principalmente civilistas,² que defenderam – como de resto defendem – uma sensível mudança de paradigma do direito civil, qual seja, privilegiar, com uma tutela qualitativamente diferenciada, as relações existenciais, fugindo do paradigma patrimonialista que sempre dominou esse campo de estudo.

Atualmente, até mesmo os mais conservadores autores – de um universo por natureza conservador como o mundo jurídico – rendem-se aos seus encantos. Falado e propalado, cantado em prosa e verso e adotado como fundamento de decisões dos mais prestigiados tribunais;

¹ Destaque-se, aqui, a Escola de Direito Civil-Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na qual, dentre outros grandes juristas, destacam-se os professores Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. Também na Universidade Federal do Paraná, o professor Luiz Edson Fachin.

² Em recente encontro ocorrido na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, notável constitucionalista gaúcho, afirmou terem os civilistas brasileiros desempenhado papel determinante no desenvolvimento do tema, à frente, até, dos estudiosos do direito constitucional.

entretanto, parece-nos, a uma análise um pouco menos superficial, que ainda há um longo caminho a percorrer no estudo do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do processo de constitucionalização do direito civil.

Verifica-se controvérsias envolvendo desde o conceito de dignidade da pessoa humana, passando por seu fundamento de validade, sua aplicabilidade direta como princípio, possibilidade de ponderação e, até mesmo, um risco de hipertrofia de seu uso, o que acabaria, paradoxalmente, acarretando seu enfraquecimento.

Estabelece-se, então, verdadeira confusão, na qual se verifica que, por vezes em um mesmo tribunal, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de fundamento para duas correntes opostas, que chegam a conclusões diametralmente opostas ao decidirem sobre o mesmo tema.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a realizar um breve estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, dividindo-se basicamente em duas partes: na primeira, traçaremos um perfil do princípio, abordando seu conceito, histórico, aspectos e aplicação; na segunda parte, tentaremos analisar o contexto de aplicação do princípio, com a discussão de alguns dos principais problemas que o envolvem, notadamente seu uso indiscriminado e exagerado, o que, por paradoxal que possa parecer, diminui-lhe em muito a força.

Não há aqui – pela exigüidade determinada pela natureza do trabalho e pela limitação de seu autor – a pretensão de esgotar-se o tema. Até porque, cremos, tal ideal seria inatingível, tendo em vista que novas agressões à dignidade humana, outrora inimagináveis, surgem a cada dia, o que coloca em xeque, a todo momento, os conceitos até então estabelecidos. Nosso objetivo é fazer avançar o debate sobre aquela que talvez seja – afora grandes abstrações e conceituações teóricas que sempre são

trazidas à baila – uma das principais tarefas do direito: servir de meio para garantir ao homem uma existência digna e, assim, atingir a felicidade.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana

2.1. Breve histórico³

Atribui-se ao pensamento estóico e ao cristianismo os primeiros registros do tema.

Segundo os estóicos, a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a idéia ganha grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano, este ser, na concepção cristã, foi criado à imagem e semelhança de Deus.⁴ Ora, violar a dignidade da criatura seria, em última análise, violação à vontade do próprio Criador. Esta a mensagem cristã que foi posteriormente deturpada a partir do momento em que o poder político passa a influenciar a igreja, que cria teses justificadoras de uma série de abusos e violações, notadamente para justificar a escravidão.⁵

Durante o período da Idade Média, Tomás de Aquino é o principal pensador a dedicar-se ao estudo e desenvolvimento do tema.

Na Idade Moderna, Pico Della Mirandola, com a sua *oratio hominis dignitate* desenvolve o princípio, sendo pioneiro ao dar-lhe justificação fora da teologia.⁶

³ Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, especialmente o item 2.1.

⁴ “Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.” (Gênesis 1:27).

⁵ O que, entre outros fatores, ensejou a Reforma Protestante.

⁶ Sobre a razão de o ser humano portar-se com ética e respeitar seu semelhante, ainda que tal atitude lhe cause prejuízos, belíssimo é o debate entre Humberto Eco e Carlo Maria Martini (Em que crêem os que não crêem).

Outro pensador desta fase (Séc. XVI) é o espanhol Francisco de Vitória, que defendeu a existência de dignidade em todos os seres humanos. Suas teses tiveram enorme repercussão, tendo em vista que contrariaram a política de escravização de índios então praticada pela Coroa Espanhola.

Nos Séculos XVII e XVIII, dois pensadores se destacam: Samuel Pufendorf, que entende ser dever de todos, mesmo do monarca, respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como seu direito de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção. Já Imanuel Kant, talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. As coisas, que podem se trocadas por algo equivalente, têm preço; as pessoas, dignidade.

Com os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento Kantiano ressurge com extrema vitalidade, uma vez que se verificou, na prática, quais são as conseqüências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam políticos, sejam econômicos. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas (1948), logo em seu artigo 1º⁷.

Em nosso ordenamento, foi positivado pela Constituição da República de 1988, que o elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, criando, como se analisará adiante, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

⁷ "Art. 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade."

2.2. Conceito

Tarefa nada fácil, porém necessária ao desenvolvimento do presente trabalho, é a fixação de um conceito de dignidade da pessoa humana.

Frise-se, desde já, que, a despeito de tal necessidade, entendemos que muito mais importante do que o estabelecimento de um conceito, surge como imperativo – e talvez esta seja uma das principais tarefas do jurista contemporâneo – estabelecer normas e buscar mecanismos que garantam a efetivação do princípio constitucionalmente estabelecido.

A dificuldade do estabelecimento do conceito vem de sua natureza axiologicamente aberta, bem como de sua variabilidade histórico-cultural, o que será debatido a seguir.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “... será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”⁸

Tal conceito parte – como de resto fazem a quase totalidade dos autores que trabalham a temática – de um conceito negativo, ou seja, detecta as agressões à dignidade (capazes de converter o homem em objeto) a fim de caracterizá-la.

Adotaremos, no presente trabalho, o conceito de Sarlet, - que também parte de matriz Kantiana - segundo o qual entende-se “... por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. p. 85.

garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁹

Ao reconhecer a íntima vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, logrou o constitucionalista gaúcho estabelecer um conceito capaz de reunir em si dois aspectos fundamentais: uma ação negativa (passiva), por parte do Estado, no sentido de evitar agressões; e uma ação positiva (ativa), no sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos, como preconizado por um projeto constitucional inclusivo.

Outro ponto importante do conceito diz respeito à vinculação dos particulares, com aplicabilidade direta dos direitos fundamentais – e da dignidade da pessoa humana – às relações entre particulares. Superada a distinção público x privado, tornam-se, a cada dia mais, insustentáveis as posições em defesa de uma aplicabilidade apenas indireta das normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais.¹⁰

2.3 Aspectos: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade

Outra tarefa a que não podemos nos furtar, apesar da natureza estreita do presente trabalho, é discutir os

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.

¹⁰ Em defesa, ainda que de forma implícita, de uma aplicabilidade indireta dos princípios constitucionais, leciona AMARAL, Francisco: “A tutela dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios.” E, ainda: “Em face dos princípios, normas e conceitos que formam o sistema brasileiro dos direitos da personalidade, podemos concluir que a tutela jurídica dessa matéria se estabelece em nível constitucional, civil e penal, embora a sua sede material seja o Código Civil.” *Direito Civil – Introdução*, p. 257-259.

aspectos componentes do substrato material do princípio da dignidade da pessoa humana.

Adotando integralmente o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes,¹¹ abordaremos, de forma breve, como aqui convém, os quatro principais corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade.

A igualdade, modernamente compreendida, há que superar a igualdade formal, estabelecida pela Revolução Francesa. Se não se pode dispensar sua presença, eis que a igualdade perante a lei é garantia fundamental à obtenção de outros direitos, não se pode julga-la suficiente à garantia da dignidade da pessoa humana. Como lembrado por Carmem Lúcia Silveira Ramos:¹² “A igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação dos bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.”

A insuficiência reconhecida da igualdade formal levou o legislador constituinte a adotar, paralelamente a essa, como princípio fundamental a igualdade substancial, consagrada no art. 3º, inc. III, do texto constitucional.

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, suprimindo as carências físicas, intelectuais, econômicas ou sociais dos menos favorecidos, no sentido

¹¹ Que desenvolve, de forma precisa e brilhante o presente tema (op. cit., p. 81-117).

¹² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. p. 05.

de oferecer-lhes igualdade de oportunidades é o caminho para a obtenção da igualdade substancial eis que, a deixar-se à igualdade formal e ao mercado regular tais relações seria um caminho, isto sim, ao aumento do poder do mais forte sobre o mais fraco.

Por fim, registre-se que, atualmente, mais que o direito à igualdade, exsurge como fundamental o direito à diferença. “A igualdade material sugere o reconhecimento das diferenças.”¹³

Ou seja, a garantia às minorias de manifestarem-se livremente, sem a necessidade de terem de adotar comportamentos uniformizantes que lhes descaracterizem como tal, conforme lembra Boaventura de Sousa Santos: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”¹⁴

Outro aspecto é a liberdade. Tradicionalmente, a liberdade confundia-se com a autonomia da vontade, ou seja, o indivíduo poderia fazer tudo aquilo que não estivesse proibido, elevando o direito subjetivo a um patamar de direito absoluto.

Em um contexto de notada separação entre direito público e privado, no qual o Estado não interferiria nas relações entre particulares, limitando-se a servir como garantidor das regras do jogo, fácil se torna a compreensão a respeito da confusão entre os dois termos.

Modernamente, entretanto, os conceitos se distanciam e mostram-se bem delimitados. O exercício da liberdade não se fundará em um suposto caráter absoluto do direito subjetivo, mas encontrará limites ao seu exercício, limites esses fundados em direitos, liberdades e garantias alheios.

“O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, pág. 286.

¹⁴ Apud MORAES, Maria Celina Bodin de, ob. cit., pág. 92.

intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier.”¹⁵

A liberdade individual será limitada, ainda, por outro aspecto da dignidade da pessoa humana, qual seja, a solidariedade. Sempre que o exercício da liberdade conflitar com a solidariedade social, há que se operar uma ponderação entre os valores em conflito para, no caso concreto, sem negar-se vigência a qualquer deles, verificar-se aquele que mais se aproxima da promoção da dignidade da pessoa humana. Não haverá hierarquia entre eles, *in abstracto*, mas, sim, a prevalência, *in concreto*, de um dos subprincípios.

O terceiro aspecto é a integridade psicofísica. Por integridade psicofísica podemos entender o direito a não sofrer violações em seu corpo¹⁶ ou em aspectos de sua personalidade.

Incluídos estariam também os aspectos da vida moderna, ligados especialmente a temas como bioética e biodireito. Proteção de dados genéticos, reprodução assistida, atos de disposição do próprio corpo, entre outros, são situações novas, merecedoras de tutela e que, entretanto, ainda não encontraram solução satisfatória em nosso direito.

A definição, entretanto, parte de aspectos negativos, quais sejam, de não violar, não fazer. Há que se lembrar, entretanto, que o direito à integridade psicofísica dispõe, também, de um caráter positivo, que consiste em uma série de situações que têm que ser garantidas pelo Estado a todos os seus membros, indistintamente. Refiram-se, como exemplos, o direito à saúde e o direito à moradia.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., pág. 107.

¹⁶ Constituição Federal, art. 5º, inc. III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Além de garantir a pessoa contra qualquer violação, por parte dele Estado ou de particulares, há o Estado que tomar uma série de medidas positivas no sentido da efetivação de tais direitos.

Há que implantar uma rede pública de saúde eficiente, que não condene aqueles impossibilitados de pagar planos de saúde a morrerem em filas de hospitais; implantar uma rede eficiente de distribuição de medicamentos, enfim, garantir a todos seu direito constitucionalmente assegurado.¹⁷ No que diz respeito à moradia, há que implantar uma política habitacional voltada prioritariamente para a classe mais baixa, ainda que tal fato exija sacrifícios a serem distribuídos entre os demais extratos sociais. Não há como falar-se em integridade psicofísica de pessoas sem direito a moradia.

Finalmente, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, aparece a solidariedade social. Como ser social que é, o homem se reconhece no outro. Sua existência depende de outras existências.

Neste sentido, foi positivado no texto constitucional o princípio da solidariedade social. Os incisos I e III do art. 3º elencam como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização.

A ordem jurídica não pode admitir, no estágio atual da civilização, a existência, de um grande grupo de pessoas sem as mínimas condições materiais de subsistência, despidas de alimentação, educação, saúde, habitação, dentre outros requisitos.

E os contrastes brasileiros são escritos com tintas fortes. Verifica-se no exemplo da "Daslu", loja paulistana de artigos de altíssimo luxo, muitos dos quais o Brasil coloca-se como o segundo maior mercado mundial,

¹⁷ Exemplo de projeto que deu certo nesta área é a distribuição de medicamentos a doentes de AIDS, na qual o Brasil tornou-se referência mundial.

construída a poucos metros de uma favela (item, aliás, no qual o Brasil, sem dúvida, coloca-se entre os primeiros do mundo).

As ações neste direção devem ter o sentido de, com justiça fiscal, redistribuir a renda, evitando que qualquer pessoa sobreviva abaixo de um nível considerado minimamente satisfatório. Há que se verificar, entretanto, a utilização de tais recursos, oriundos, afinal, do esforço conjunto da sociedade, pois o que se verifica, comumente, são programas de baixa ou nenhuma eficácia, de mero assistencialismo, que servem para aumentar ou manter a dependência de seus destinatários (veja-se o alentado “Fome Zero”, que, até agora, não mostrou resultados suficientes).

Comprovadamente, o mais eficiente promotor da solidariedade social é a educação. Melhorar o nível educacional da população como um todo, com acesso universal a um ensino público de qualidade, fundamental e médio, com escolas bem equipadas e professores bem pagos e motivados, associado a um ensino superior público voltado para os membros de extratos sociais menos favorecidos, teria a capacidade de, em poucos anos, promover a redução das desigualdades, que, infelizmente, nunca ocorrerá com doações de alimentos ou dinheiro.

2.4. A cláusula geral de tutela da pessoa humana

Com a edição da Constituição da República de 1988, a dignidade da pessoa humana, inserida no texto, em seu artigo 1º, inc. III, como fundamento da República Federativa do Brasil, passou a constituir-se, associada à solidariedade social (art. 3º, inc. I) e à igualdade material (art. 3º, inc. III), verdadeira cláusula geral, apta a tutelar todas as situações envolvendo violações à pessoa, ainda que não previstas taxativamente.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes:¹⁸

Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino:¹⁹

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do par. 2º. do art. 5º, no sentido da não exclusão de

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. ob. cit., pág. 117 e ss.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, pág. 48.

quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Os direitos da personalidade saem de um paradigma meramente patrimonialista, passando a exercer uma função protetiva não mais do sujeito de direitos, mas um papel promocional do livre desenvolvimento da personalidade, afastando todos os óbices a que tal fato ocorra.

E parece clara a opção do legislador Constituinte neste sentido, quando elaborou a regra do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Aparece aí a opção de erigir a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental, inserindo-a neste *locus*, logo no artigo 1º do texto constitucional, outorgando-lhe, assim, precedência em face mesmo de outros princípios constitucionais.

E, note-se que, devido à posição que ocupa, como epicentro axiológico da ordem constitucional,²⁰ em ocorrendo colisão de princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana não estará sujeito a ceder em face de outros princípios constitucionais.

Mesmo admitindo-se que não há hierarquia entre princípios constitucionais, o que leva a, em caso de colisão destes, uma necessidade de ponderação, sem a eliminação de nenhum dos princípios, mas com restrições

²⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*, p. 59.

a um ou a ambos, de modo a compatibilizá-los com a situação concreta (v.g., direito à livre manifestação de pensamento x direito à intimidade), o princípio da dignidade da pessoa humana não cederá em face de qualquer outro, funcionando, ao contrário, como critério de solução do conflito entre princípios: a solução se dará em favor do princípio que melhor se compatibilize com a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que em todos os setores da vida humana, independente de tipificação expressa, quando há agressão à dignidade da pessoa humana, deve tal fato ser objeto de reparação (direta, com a cessação do comportamento, ou indireta, com a aplicação de sanção, no mais das vezes, pecuniária).²¹

Em um processo de superação de uma – atualmente – inaceitável e insustentável dicotomia direito público/direito privado, os princípios constitucionais não mais são tomados como princípios gerais de direito, merecendo eficácia normativa e, *ipso facto*, aplicabilidade direta, independente de mediação. Estes princípios, aplicados, seja de forma indireta, em cotejo com a normativa infraconstitucional, como limite e paradigma interpretativo, seja de forma direta, quando não houver norma infraconstitucional aplicável, podem ser reconduzidos a uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que erige a dignidade da pessoa humana à condição de princípio dos princípios, não sujeita a ponderações quando colidente com outros princípios constitucionais.

Qualquer lesão a um dos aspectos da personalidade, objeto de proteção da cláusula geral de tutela da pessoa humana, independentemente do aspecto específico encontrar-se tipificado em norma

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 132-133.

constitucional ou infraconstitucional, virá a caracterizar o dano moral, que deverá receber proteção do ordenamento jurídico, seja de forma profilática,²² com a adoção de medidas que evitem ou façam cessar a agressão, ou de forma repressiva, com a fixação de indenização que vise à reparação do mal causado.

2.5. Conveniência da edição de regras para a melhor aplicação prática do princípio

Partidários da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais às relações jurídicas privadas, ainda assim não podemos evitar o debate: seria conveniente ou desnecessária a edição de regras jurídicas para a melhor efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana?

É inegável que a grande maioria dos operadores do direito nacionais foi formada sob o império de paradigmas que hoje entendemos superados, notadamente a separação direito público x direito privado, que, como observamos no cotidiano, ainda continua sendo ensinada nos cursos jurídicos.

A resistência às mudanças é algo inerente ao ser humano. No universo jurídico, tal tendência é ainda mais acentuada. Criam-se figuras, categorias, classificações, tudo supostamente neutro e ascético, mas que, ao fim e ao cabo, servem para um único fim: evitar transformações sociais.

E a técnica da subsunção, tão criticada²³ pela moderna doutrina, ainda impera como principal instrumento de aplicação do direito aos casos concretos. Tal tese pode ser facilmente comprovada na prática de nossos tribunais.

²² Registre-se, desde já, que, conforme adiante assinalado, posicionamo-nos contrariamente ao controle a priori do teor de publicações noticiosas.

²³ Pietro Perlingieri empreende dura crítica (Perfis do Direito Civil, p. 68) ao positivismo lingüístico, que reduz a interpretação normativa ao esquema da subsunção, ou seja, perfeita adequação do caso concreto à *fattispecie*

Clemerson Mérilin Cleve,²⁴ cita dois exemplos nos quais o Supremo Tribunal Federal fez tábula rasa do texto constitucional, quais sejam, nos casos do Mandado de Injunção, equiparado à ação de inconstitucionalidade por omissão e do limite constitucional de juro, que teve negada sua auto-aplicabilidade. Neste último caso, a Constituição foi alterada por recente Emenda Constitucional, que retirou a limitação de juro de seu texto, gerando um efeito quase surreal: quinze anos depois da entrada em vigor da Constituição, o limite de juro foi dela retirado sem - ao menos no entendimento do STF - nunca ter produzido qualquer efeito, tendo em vista a omissão do legislador infraconstitucional.

Tais exemplos servem, ao nosso ver, para comprovar que há, sim, - conquanto quase não se ache manifestações expressas neste sentido - grande resistência por parte dos operadores do direito a mudanças na ordem social determinadas pelo projeto constitucional (notadamente se tais mudanças derivam de aplicação direta de princípios).

Entendemos, então, fundamental a edição de regras jurídicas específicas para, em diversos setores do ordenamento jurídico, garantir-se a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Normas infraconstitucionais que procurem adaptar a legislação existente à tabua axiológica da Constituição seriam muito bem vindas.²⁵

abstrata prevista na norma, operação puramente lógico-formal. Em um direito sujeito, cada vez mais, a aberturas, influenciado por princípios extrapositivos, como o elemento social e as exigências de justiça, tal esquema interpretativo mostra-se obsoleto e incapaz de atender às necessidades da ciência jurídica. Sugere, então, o autor uma interpretação crítico-constitutiva, na qual o intérprete assumira responsabilidade na elaboração do direito.

²⁴ CLEVE, Clemerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)*. p. 47.

²⁵ Pois, como lembra SARLET, Ingo. (Op. cit., p. 26), "... lamentavelmente, não são poucos os exemplos que poderiam ser citados - onde tal reconhecimento virtualmente se encontra limitado à previsão no texto constitucional, já que, forçoso admiti-lo - especialmente entre nós - que o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na praxis ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos."

Registre-se, para não deixar dúvidas: tal posição nada tem de coincidente com aquela dos que defendem aplicabilidade indireta dos princípios constitucionais. Trata-se de uma tomada de posição, sobretudo, pragmática. No cotidiano, verificamos que a resistência dos julgadores à utilização de técnicas como a ponderação é enorme, prevalecendo soberana a subsunção, o que gera situações que se afastam de forma abissal da efetiva realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Um caso concreto e emblemático, ocorrido em nossa recente história profissional, será trazido à baila.²⁶ Uma senhora nos relatou o seguinte episódio: após duas gravidezes, de alto risco de vida para si e para o feto em gestação, foi aconselhada por seu médico a realizar cirurgia de "laqueadura de trompas", como método eficaz a fim de evitar outras gravidezes, que a exporiam a riscos desnecessários. Somado a isto, na decisão de realizar a cirurgia, influuiu o fato de o casal ser extremamente pobre. Ajuizamos, então, ação de reparação por danos materiais e morais, com pedido de antecipação de tutela, antecipação esta que obrigasse o profissional/réu ao pagamento das despesas de exames pré-natais, despesas médico-hospitalares do parto e, após, alimentos para a criança, em quantia insignificante para o profissional.

Para nossa surpresa, a Juíza que apreciou o pedido negou a antecipação de tutela, alegando que tal concessão feriria o princípio da segurança jurídica.

Irresignados, endereçamos agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, a fim de reverter a decisão de primeiro grau, obtendo a antecipação pleiteada, recurso este que foi fundamentado na técnica da ponderação. Demonstramos que estavam

²⁶ O caso é abordado com interesse meramente acadêmico. Em respeito ao Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, não informaremos o número do processo ou o nome das partes, eis que ainda não há decisão final.

em jogo dois princípios: de um lado, a dignidade da pessoa humana, pois a antecipação de tutela visava a garantir a vida e o bem-estar físico da gestante e da criança; e, de outro lado, a segurança jurídica, representada por um sacrifício patrimonial mínimo por parte do requerido. Para perplexidade, houve por bem o Tribunal confirmar a decisão, sob o fundamento de que, na espécie, deveria prevalecer o princípio da segurança jurídica.

Situações como esta se repetem, diariamente, Brasil afora, em demonstração clara de que a letra da lei fala mais alto do que princípios, ainda que fundantes da República. Daí, entendemos conveniente a edição de regras que serviriam para quebrar a barreira do formalismo e da dificuldade que ainda encontra-se para ver aplicados, diretamente, os princípios constitucionais.

Não se trata de um triunfo do positivismo lingüístico: trata-se de medida, repita-se, pragmática e temporária, eis que a renovação por que passa o direito nacional, com os ventos da constitucionalização do direito civil varrendo o país de norte a sul, em breve tornariam tal precaução desnecessária. O que se trata, aqui, é de, enquanto as mentes resistentes às mudanças não se adequem, evitar-se o cometimento de injustiças e agilizar-se a concretização do projeto constitucional.

3. Questões controvertidas

3.1. A hipertrofia do uso do princípio da dignidade da pessoa humana

O triunfo da corrente defensora da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas veio acompanhado de um sério inconveniente, que merece a devida atenção: o uso abusivo e exagerado do princípio como fundamento de raciocínios jurídicos e decisões judiciais.

Como lembra Sarlet,²⁷ “Convém, quanto a este ponto, tomar a sério a advertência de P. Haberle, *Menschenwurde als Grundlage...*, p. 823, recomendando um uso não inflacionário da dignidade e repudiando a utilização da dignidade de modo panfletário e como fórmula vazia de conteúdo. Neste sentido, por mais que se possa afirmar que, em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, não há como desconsiderar que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade – tal como vez por outra ocorre também entre nós – efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica.”

O prestígio alcançado pelo princípio entre nós, sendo quase que unanimemente apontado como o “princípio dos princípios” da ordem constitucional pode ser abalado seriamente por sua utilização desnecessária em casos para os quais haja regra específica (compatível com a Constituição) ou, ainda, atecnicamente, a fim de justificar a não aplicação de regras ou a simples “criação” de norma por parte do julgador.

Alguns julgados serão trazidos à colação para ilustrar o problema ora debatido. O primeiro diz respeito a pedido de magistrada do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que, ao completar setenta anos, aposentou-se compulsoriamente. Ajuizou, então, Mandado de Segurança, alegando que o dispositivo legal que determinava tal espécie de aposentadoria feriria o princípio da dignidade da pessoa humana. Inconformada com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a impetrante recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso.²⁸

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., pág. 102/103.

²⁸ S.T.J. – RMS 15561/MG – 5ª. T. – Julg. Em 04/11/2003 – D.J. 19/12/2003, p. 507.

O segundo exemplo diz respeito a deficiente visual que, ao tentar abrir uma conta bancária teve, por parte da instituição, a exigência de constituição de procurador para abertura e movimentação da conta. Inconformado, ajuizou ação de reparação de danos morais, alegando que a atitude do banco seria discriminatória e feriria o princípio da dignidade da pessoa humana. O pedido foi julgado improcedente e, em grau de recurso, confirmada a sentença,²⁹ sob o fundamento de que o procedimento tinha por objetivo a proteção das economias do próprio cliente.

Outro caso diz respeito a condômino inadimplente que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, requereu fosse determinado o parcelamento de seu débito junto ao condomínio. O pedido foi julgado improcedente e a sentença confirmada pelo Tribunal competente. Do voto do relator, colhe-se:

Quanto às alegações meritórias alegadas pela apelante, entendo serem desprovidas de adinículo de juridicidade que possa sustentar a reforma da r. sentença hostilizada.

A apelante restringiu-se a insistir no parcelamento dos débitos condominiais, o que simplesmente não pode ser imposto pelo Julgador, se não for de interesse da parte autora-credora. Embora possa ela lamentar as dificuldades financeiras enfrentadas, não pode esquecer de que as taxas condominiais têm tratamento legal especial, pelos simples fato de que a inadimplência contumaz prejudica toda uma coletividade, o que não pode ser endossado pelo Poder Judiciário.

²⁹ TA-MG – Ap. Cív. n. 380.174-5, Ac. unân. da 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Saldanha da Fonseca – Julg. em 04/12/2002.

Tal proceder não afronta os princípios sociais norteadores da Carta Constitucional de 1988, nem atinge o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outros exemplos poderiam ser trazidos, o que entendemos desnecessário frente à clareza destes até aqui relacionados. Utilizar-se do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico de pedidos insignificantes como os apontados, que em nada se relacionam com o projeto constitucional, serve apenas para desacreditá-lo e fundamentar as posições positivistas contrárias à aplicação direta dos princípios constitucionais às relações interprivadas.

3.2. A possibilidade de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana

Outro ponto que merece ser trazido ao debate, quando se busca investigar questões controvertidas a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, diz respeito à possibilidade ou não de sua ponderação: em uma situação concreta, na qual haja conflito entre este e outro princípio constitucional, poderia o princípio da dignidade da pessoa humana ceder, aplicando-se o princípio conflitante?

Devido à posição que ocupa, como epicentro axiológico da ordem constitucional,³⁰ em ocorrendo colisão de princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana não estará sujeito a ceder em face de outros princípios constitucionais.

Mesmo admitindo-se que não há hierarquia entre princípios constitucionais, o que leva a, em caso de colisão

³⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 59.

destes, uma necessidade de ponderação, sem a eliminação de nenhum dos princípios, mas com restrições a um ou a ambos, de modo a compatibilizá-los com a situação concreta, o princípio da dignidade da pessoa humana não cederá em face de qualquer outro, funcionando, ao contrário, como critério de ponderação: a solução se dará em favor do princípio que melhor se compatibilize com a dignidade da pessoa humana.³¹

Exemplar, neste sentido, é o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes,³² que demonstra que, em verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana não estará sujeito a ponderações. O que pode ser objeto de tal técnica são os seus corolários ou subprincípios, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade. Um deles pode ceder em relação ao outro; entretanto, se a ponderação for bem feita, prevalecerá aquele subprincípio que mais se aproxime da realização do princípio.

3.3 Possível caráter totalitário do princípio da dignidade da pessoa humana

É certo que a liberdade, como antes afirmado, é um dos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. Garantir a todos o direito de livre expressão, nas

³¹ Id.; ibid., p. 70 e ss.: "Neste particular, não concordamos com Robert Alexy, quando este afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. É certo que, sob certas condições, a ponderação pode importar em restrição ou afastamento de direitos fundamentais, para a tutela de bens coletivos de estatura constitucional. Porém, tomando-se como premissa uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva do homem, esta restrição, por si só, não bastará para caracterizar lesão à dignidade da pessoa humana.

Assim, reiteramos o nosso entendimento de que nenhuma ponderação pode implicar em amesquinha da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último dessa ordem." (p. 76)

³² Op. cit., p. 85.

mais variadas áreas e aspectos de suas vidas, é uma das formas de implementação concreta do princípio.

Entretanto, tal luta pode gerar – e tem gerado – situações que colocam em cheque a aplicação do princípio, fomentando e alimentando críticas por parte daqueles que não aceitam sua aplicabilidade direta.

Tal crítica torna-se, no presente trabalho, uma auto-crítica, visto que lançada por um daqueles muitos que defendem a implementação do projeto constitucional, que tem na dignidade seu suporte maior: será que em alguns casos, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, não se têm cometido violências, capazes de violar a dignidade de outras pessoas, impondo-lhes escolhas individuais? Será que não se exorbita quando, ao tentar-se garantir a alguns o direito de livre manifestação e livre escolha, não se impõe a pessoas ou grupos que discordam de tais escolhas a impossibilidade de democraticamente discordarem? Será que, numa postura arrogante, não se superestima o alcance do direito?

A fim de ilustrar tais questionamentos, traremos ao debate três exemplos concretos.

O primeiro caso diz respeito ao casamento homossexual. O tema foi amplamente discutido pela sociedade quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, prevalecendo, à época, o entendimento de que a relação homossexual não seria reconhecida como entidade familiar, como união estável, esta existente entre “homem e mulher”. Pois, a despeito de tal decisão, os tribunais têm reconhecido proteção jurídica às relações homossexuais, estendendo-lhes a disciplina da união estável. Exemplo claro de tal afirmativa é recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

Civil. União Estável. Relação homoafetiva entre mulheres. Dado o princípio constitucional da dignidade da

pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8971/94 e 9.278/96. Interpretação sistemática do disposto no par. 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma, está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o conceito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo para fins previdenciários. Pedido de partilha de patrimônio pretensamente comum que, na hipótese, é indeferido por estar evidenciada a inexistência de relação estável como união familiar, tanto que o vínculo perdurou por apenas dois anos, no curso dos quais a autora se relacionou, engravidou e deu à luz um filho de seu ex patrão, tudo a demonstrar que a relação entre as companheiras não gozava de estabilidade. Seja como for o cotejo entre a prova testemunhal e documental revela que não há qualquer prova de que a autora tenha contribuído para a aquisição do pequeno patrimônio adquirido após o início da relação, mesmo porque não tinha bens nem emprego, não-caracterizado, pois, uma sociedade de fato. Sentença reformada. Recurso provido.³³

³³ TJ-RJ – Ap. Cív. 2004.001.30635 - 18ª Câm. Cív. - Rel. Des. Marcos Antônio Ibrahim – Julg. em 05/04/2005. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em: 14 maio 2005.

Ora, tal decisão, ao reconhecer à união homossexual, todos os direitos da união estável, encontra-se, ao nosso ver, no sentido de manter um equilíbrio: garante a liberdade dos homossexuais em estabelecerem relações juridicamente tuteladas, sem, entretanto, equipará-las ao casamento. Note-se que o casamento é uma instituição civil e religiosa, cujo significado está forjado em valores longamente cultivados pela sociedade.

A par da efetiva garantia de direitos, que atualmente equipara, na prática, a união homossexual à união estável, há em curso uma Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal junto à Vara Federal de Guaratinguetá,³⁴ interior de São Paulo, tendo por finalidade, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, obrigar a União, todos os Estados e o Distrito Federal, a celebrarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

E, pior ainda, requer antecipação de tutela *inaudita altera parte*, para determinar que sejam celebrados casamentos até que se julgue o mérito da ação.

Ora, se é claro que a Constituição da República veda qualquer discriminação por orientação sexual, também é claro que os valores sociais, morais e religiosos da grande maioria da população não admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pretender-se, como o digno Procurador, romper tais paradigmas em medida liminar demonstra, ao nosso ver, uma tentativa de imposição à maioria de uma posição extremamente minoritária (note-se que muitos grupos de defesa dos direitos dos homossexuais não defendem o casamento e, sim, a parceria regulamentada) pela via do Poder Judiciário. Tudo isto sem debate.

A antecipação de tutela foi negada, pelo fundamento, *data venia* óbvio, de que permitir a celebração de um grande número de casamentos por medida liminar, poderia

³⁴ Inicial e da decisão negando a liminar disponíveis em www.conjur.com.br.

gerar situações de difícil solução caso, ao final, fosse julgado improcedente o pedido.

Aliás, há em curso atualmente, uma perigosa tendência de substituir a vontade da maioria, democraticamente manifestada, por decisões judiciais. O tema foi tratado com maestria por Hugo Estensoro,³⁵ analisando-a no contexto norte-americano, nos seguintes termos:

A questão de casamentos entre gays foi explorada pelos democratas como um exemplo de intolerância republicana. Mas os republicanos conseguiram convencer o eleitorado de que não estavam a fim de cercear dos direitos dos cidadãos, mas de democratizar as decisões sobre o tema. A posição foi opor-se a que essas decisões fossem tomadas arbitrariamente por meia dúzia de juizes e alguns prefeitos de cidades grandes. O público deve poder pronunciar-se, com o fez em 11 referendos em diversos Estados: em todos eles, a proposta foi rejeitada por ampla margem de votos. Isso apesar, note-se bem, de quase a metade do eleitorado ser favorável, segundo as pesquisas de opinião, às uniões civis entre gays, o que resolve os problemas jurídicos e econômicos dos casais homossexuais. O que não se pode é impor à nação industrializada mais religiosa do mundo, para a qual o casamento é um sacramento, algo que não aprovam.

A questão tem relevância maior em termos de ordem democrática. A

³⁵ Artigo publicado na Revista Primeira Leitura, edição n. 34, dez. 2004, p. 90-93.

hegemonia progressista do último meio século tem aproveitado os tribunais, especialmente nas instâncias inferiores, para introduzir importantes mudanças que não são submetidas ao processo democrático.

Ora, entendemos que, sob pena de o princípio da dignidade da pessoa humana cair em descrédito caso se tente substituir a vontade da maioria, democraticamente e constitucionalmente manifestada, por decisões judiciais isoladas poderá gerar graves prejuízos. Aliás, demonstra o autor supracitado que esta foi uma das causas da vitória eleitoral de George W. Bush nas últimas eleições americanas, com as consequências para a paz mundial que dispensam comentários.

Em uma ordem democrática, a vontade da maioria deve prevalecer, respeitados, é claro, os direitos da minoria. Tentar, entretanto, impor as escolhas da minoria à maioria violaria as estruturas do Estado Democrático de Direito, em nada contribuindo para o avanço do debate sobre a implementação definitiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo caso diz respeito a diversas decisões judiciais que têm reconhecido o dano moral por abandono afetivo. Como exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais,³⁶ assim ementada:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS –
RELAÇÃO PATERNO-FILIAL –
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA
AFETIVIDADE.

³⁶ TJ-MG – Ap. Cív. 408.550-5 – Rel. Juiz Unias Silva – Julg. em 01/04/2004 – Disponível em: www.ta.mg.gov.br. Acesso em: 14 maio 2005.

A dor sofrida pelo filho, em virtude de abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que não se trata de casos de abandono material, nos quais já há consenso sobre a reparabilidade dos danos morais. Trata-se de caso em que houve a prestação de assistência material, sem, entretanto, estabelecerem-se vínculos afetivos entre pai e filho.

O tema é bastante controvertido, tendo Superior Tribunal de Justiça se manifestado recentemente quanto ao tema, devendo, entretanto, a polêmica manter-se por bom tempo.

Conquanto muitas objeções possam ser lançadas contra a reparabilidade de tais danos morais – impossibilidade de prova do nexo de causalidade, criação de um direito subjetivo ao afeto, necessidade de prova do dano moral (que em outras situações é considerado *in re ipsa*), dentre outros - um questionamento se deseja fazer: será que tal matéria não escaparia ao campo de abrangência do direito?

Se é certo que os pais têm deveres materiais para com os filhos, também é certo que têm outros deveres, como o afeto, a atenção, o cuidado com a educação e o crescimento, etc..

A primeira categoria de deveres decorre de princípios jurídicos, como a solidariedade e seu descumprimento pode facilmente ser objeto de tutela jurisdicional que traga a reparação. Entretanto, o segundo grupo de “deveres” não nos parece decorrente ou mesmo abrangido pela ordem jurídica. Não há como a ordem jurídica interferir em sentimentos dos indivíduos, pois esses sentimentos é que são a força motriz que leva ao cumprimento dos “deveres” afetivos.

É fato provado que em alguns casos a convivência dos filhos com os pais causa mais prejuízos do que benefícios à formação das crianças. Imagine-se, então, uma convivência que somente exista motivada pelo medo que tem o pai de ser futuramente condenado a reparar danos morais. Será esta convivência benéfica ao filho?

Finalmente, após a condenação em reparar danos morais, como ficará a convivência entre pai e filho? É muito provável que qualquer chance de convivência e do tão buscado afeto seja sepultada com tal condenação, piorando ainda mais a situação anterior à lide.

O que tentamos demonstrar – e que, por certo merece ser objeto de reflexões mais aprofundadas – é que, ao nosso ver, a reparação de danos morais por abandono afetivo não é adequada à realização do princípio da dignidade da pessoa humana e dotaria tal princípio de um caráter notadamente totalitário, eis que tentando interferir no mais íntimo do ser humano, ou seja, em sua esfera sentimental.

Um terceiro exemplo, correlato ao primeiro, diz respeito às entidades religiosas em relação à obrigatoriedade de aceitarem homossexuais dentre seus membros. O tema foi debatido em recente processo nos Estados Unidos (Boy Scouts of America x Dale), no qual foi debatida a obrigatoriedade de a associação aceitar entre os seus membros adolescentes homossexuais.

Em nosso contexto, verificamos que há uma aparente – e apenas aparente, como se demonstrará - colisão de princípios: proibição de discriminação por orientação sexual *versus* liberdade de manifestação religiosa.

Sobre o tema, traremos duas decisões, ambas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ilustram bem o debate. A primeira diz respeito a condenação de pastor evangélico a reparar danos morais de ex-membro de sua igreja:

DANO MORAL. HOMOSSEXUALISMO. PASTOR E MEMBRO DE IGREJA EVANGÉLICA. DISCRIMINAÇÃO POR OPÇÃO SEXUAL CRITICADA EM REUNIÃO FORMADA POR CERCA DE VINTE PESSOAS. INDENIZAÇÃO QUE DEVE MANTER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DAS PARTES.

O quadro probatório demonstra a ocorrência de ofensa sobre a sexualidade do autor, lançada em reunião composta por mais de vinte membros de Igreja Evangélica, o que leva a indenização de valor razoável a ser suportado pelo devedor da obrigação sem causar enriquecimento ao credor. APELOS NEGADOS.³⁷

Há, na decisão expressa interferência do Estado-Juiz em questões religiosas, que dizem respeito à fé e à organização da comunidade religiosa, não merecendo interferência por parte do Poder Judiciário.

Outra decisão, que versava sobre a revisão de expulsão de membro de igreja, caminha no sentido exatamente oposto:

AÇÃO CAUTELAR. DELIBERAÇÃO DE COMUNIDADE RELIGIOSA. NÃO SE CUIDANDO DE QUESTÃO ENVOLVENDO DIREITOS E OBRIGAÇÕES DE SÓCIOS QUE PARTICIPARAM DE UMA SOCIEDADE CIVIL, MAS DE INTEGRAÇÃO A UMA COMUNIDADE RELIGIOSA, E DA INTERDIÇÃO A COMPARTILHAR DE CULTOS E CELEBRAÇÕES RELIGIOSAS, OS INTERESSADOS

³⁷ TJ-RS – Ap. Cív. 70006126288 – 9a Câm. Cív. – Rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 15 maio 2005.

DEVEM SUBMETER O CASO AS AUTORIDADES ECLESIASTICAS COMPETENTES. NÃO CABE AO ESTADO DISPOR OU DECIDIR SOBRE ASSUNTOS TEOLÓGICOS OUCANÔNICOS.³⁸

Apenas para contextualizar o tema, eis que se trata de um trabalho jurídico, não teológico, há que se informar que a homossexualidade é prática não aceita pela quase totalidade das religiões cristãs, que congregam a maioria da população brasileira.

É uma questão de fé – obviamente válida apenas para aqueles que compartilham a fé cristã -, mas fundamental: segundo a Bíblia, Livro Sagrado dessas religiões, a prática do homossexualismo levará à condenação eterna seus adeptos.³⁹

Note-se, entretanto, que tal convicção não leva a uma discriminação por parte de cristãos a homossexuais, eis que apesar de suas práticas não serem aceitas, eles são considerados como iguais, também criados a imagem e semelhança do mesmo Criador e merecedores de compaixão e amor cristão, seguindo-se a máxima de “repudiar o pecado mas amar ao pecador”.

Ora, a fé em tais princípios, estampados no Livro Sagrado que guia tais religiões, majoritárias entre nós, não

³⁸ TJ-RS – Ap. Cív. 70000108837 – 13a Câm. Cív. – Rel. Des Márcio Borges Fortes – Julg. em 23/09/1999. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 15 maio 2005.

³⁹ A título de exemplo, traremos alguns textos da Bíblia Sagrada, fundamento da fé cristã: “semelhantermente, os homens também, deixando o contacto natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo em si mesmos a merecida punição do seu erro.” (Romanos 1:27) ; “Ou não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganeis: nem impuros, nem idólatras, nem adúlteros, nem efeminados, nem sodomitas, nem ladrões, nem avaros, nem bêbados, nem maldizentes, nem roubadores, herdarão o reino de Deus.” (I Coríntios 6:9-10).

pode ser, sob pena de restrição à liberdade de religião e frontal violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, restringida pelo Estado. Não podem tais religiões serem compelidas a aceitar entre seus quadros membros homossexuais. Pergunta-se: está o Juiz apto a decidir se tal crença é verdadeira ou falsa?

Além do que, a liberdade de religião garantida constitucionalmente às pessoas que assim crêem é também garantida aos homossexuais, que estão livres para aderir – ou mesmo fundar – organizações religiosas que aceitem suas práticas. Nada impede, no exemplo americano, que se crie a “Gay Boy Scouts of América” ou, entre nós – como já há – igrejas com líderes e membros homossexuais, que celebrem, inclusive, casamentos religiosos entre pessoas do mesmo sexo.

E, para não sermos acusados de fundamentalismo religioso, advogando em causa própria, traremos, em nosso socorro, o argumento insuspeito de Humberto Eco,⁴⁰ declaradamente não-crente:

Quando qualquer autoridade religiosa de qualquer confissão se pronuncia sobre problemas concernentes a princípios de ética natural, os leigos devem reconhecer-lhe este direito; podem concordar ou não concordar com sua posição, mas não têm nenhuma razão para contestar-lhe o direito de expressá-la, mesmo como crítica ao modo de viver do não-crente. Os leigos têm razão para reagir apenas em um caso: quando uma confissão tende a impor aos não-crentes (ou aos crentes de outra fé) comportamentos

⁴⁰ ECO, Humberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem*, p. 44-45.

que as leis do Estado ou de suas religiões proíbem, ou a proibir-lhes outros que as leis do Estado ou de suas religiões, ao contrário, permitem. Não acho que exista o direito inverso. Os leigos não têm o direito de criticar o modo de viver de um crente – salvo, como sempre, o caso em que este modo de viver vá contra as leis do Estado (por exemplo, a recusa a submeter os próprios filhos enfermos a transfusões de sangue) ou se oponha aos direitos de quem pratica uma fé diversa. O ponto de vista de uma confissão religiosa se exprime sempre na proposta de um modo de vida considerado ótimo, enquanto do ponto de vista laico qualquer modo de vida que seja o resultado de uma escolha livre deveria ser considerado ótimo, desde que não impeça as escolhas livres de outrem. Em princípio, considero que ninguém tem o direito de julgar as obrigações que as várias confissões impõem a seus fiéis. Não tenho nada a objetar contra o fato de que a religião muçulmana proíba o consumo de substâncias alcoólicas; se não estou de acordo, não me torno muçulmano. Não vejo por que os leigos devam se escandalizar porque a Igreja Católica condena o divórcio; se alguém quer ser católico, que não se divorcie; se quiser divorciar-se que se faça protestante; e reaja apenas se a Igreja quiser impedir que você, que não é católico, se divorcie. Confesso que me sinto até irritado diante dos homossexuais que querem ser reconhecidos pela Igreja, ou dos padres que querem se casar.

Do texto, demonstra-se que a contradição entre direitos fundamentais (religião x liberdade sexual) é apenas aparente. Em um ordenamento jurídico que garante plenamente os direitos civis dos homossexuais (conforme demonstra o acórdão do TJ-RJ trazido à colação) e com plena liberdade religiosa, não há como o Estado interferir em preceitos religiosos estabelecidos por organizações lícitamente constituídas. Se alguém sentir-se cerceado, que exerça seu direito de buscar – ou fundar - outra instituição religiosa que aceite as práticas que julga fundamentais à sua realização pessoal.

Sustentar-se o contrário importaria em grave violação dos direitos fundamentais – e da própria dignidade da pessoa humana – da maioria, o que feriria de morte o projeto constitucional de uma sociedade livre e democrática.

Os exemplos são trazidos à baila como uma breve reflexão, pois os extremos – isto tem demonstrado a história – são, quase sempre, prejudiciais. Há que se lutar para implementar o princípio da dignidade da pessoa humana, sem, entretanto, esquecer-se que há limites à ordem jurídica, impostos por seu alcance e pela ordem democrática, que não podem ser esquecidos ou relegados a segundo plano, sob pena de desprestígio do princípio, ou, pior ainda, lesão à dignidade de inteiros grupos da população, por vezes majoritários.

4. Conclusão

Mais do que ter “aquela velha opinião formada sobre tudo”, o que se buscou no presente artigo foi lançar algumas dúvidas e provocações que instiguem o debate.

Mostra-se extremamente difícil avaliar-se o momento histórico de um ponto de vista interno. Ou seja, durante os acontecimentos, que, na era tecnológica em que vivemos, sucedem-se em velocidade impressionante, é

difícil contextualizar-lhes historicamente e avaliar suas futuras repercussões.

Entretanto, da pesquisa ora realizada, temos que o momento é riquíssimo, notadamente para os que estudamos o direito civil.

Se as fundações do edifício civil-constitucional já estão lançadas em terreno firme,- semelhante à imagem bíblica do homem prudente, que construiu sua casa sobre a rocha e, nem vento, nem chuvas, nem outras intempéries foram suficientes a derrubá-la – obra de arquitetos arrojados, outrora tidos por visionários, hoje reconhecidos como pessoas à frente de seu tempo, cabe a uma nova geração de civilistas, sob a orientação, é claro, dos arquitetos originais, que conhecem a obra desde a sua fundação e continuam vigorosos na tarefa da construção, concluí-la.

E, apesar de as bases serem sólidas, a tarefa da construção não se mostra em sua fase final. Infelizmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, a par de todo o reconhecimento e todo o prestígio alcançado, ainda não se materializou para a grande maioria da população brasileira. “O Código Civil brasileiro ainda é o código das classes média e alta, aquela capaz de testar, contratar, adotar.”⁴¹

O direito civil tem uma dívida histórica para com a sociedade brasileira, que deve ser resgatada, custe o que custar: o fato de sempre, com suas estruturas francamente protetivas ao *status quo* dominante, ter servido de impedimento aos avanços sociais.

Não há espaço para tal postura. Definitivamente. O civilista do Século XXI deverá comprometer-se com o projeto constitucional, que elegeu a dignidade da pessoa

⁴¹ Afirmativa do eminente Prof. Dr. Ricardo César Pereira Lira, em recente banca de defesa de tese de doutorado, realizada na sala da Congregação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro

humana, a solidariedade social e a igualdade material como princípios e fundamentos de toda a ordem jurídica.

A tarefa é hercúlea e exigirá de todos extrema dedicação à causa. Se, entretanto, não lograrmos terminar a obra, por transcender nossos limites, que possamos, ao menos, ter a consciência de que fizemos a nossa parte, deixando-a mais adiantada para aqueles que nos sucederão.

Referências:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CLEVE, Clemerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)*. In: Seleções ADV/COAD, 01/94, p. 45-52.

ECO, Humberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Princípio da Solidariedade. In: *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras, In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista Interesse Público*, n. 04/1999, p. 23-48.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.